Tribunal administratif
du Grand-Duché de Luxembourg
3e chambre

N° 35258 du rôle
Inscrit le 3 octobre 2014

Audience publique du 24 novembre 2015

Recours formé par
Monsieur ..., Luxembourg
contre une décision du directeur de l'administration des contributions directes
en matière d'impôt sur le revenu

JUGEMENT

Vu la requête inscrite sous le numéro 35258 du rôle et déposée au greffe du tribunal administratif le 3 octobre 2014 par Monsieur ..., demeurant à L-…, tendant à la réformation d'une décision du directeur de l'administration des contributions directes du 3 juillet 2014 ayant rejetée partiellement une réclamation contre le bulletin de l'impôt sur le revenu de l'année 2005 émis le 13 octobre 2011 ;

Vu le mémoire en réponse du délégué du gouvernement déposé au greffe du tribunal administratif le 17 décembre 2014 ;

Vu le mémoire en réplique déposé au greffe du tribunal administratif le 16 janvier 2015 par Monsieur ... ;

Vu les pièces versées en cause et notamment la décision directoriale entreprise ;

Le juge-rapporteur entendu en son rapport et Monsieur ... ainsi que Monsieur le délégué du gouvernement Jean-Lou Thill en leurs plaidoiries respectives à l'audience publique du 21 octobre 2015.

En date du 12 décembre 2007, le bureau d'imposition Luxembourg 4, section des personnes physiques, émit à l'égard de Monsieur ..., imposé collectivement avec son épouse, Madame ..., un bulletin de l'impôt sur le revenu visant l'année 2005.

Ledit bulletin fut rectifié par un bulletin rectificatif sur le fondement du § 94, paragraphe 1 de la loi générale des impôts du 22 mai 1931, appelée « Abgabenordnung », en abrégée « AO », à travers un bulletin émis le 12 mars 2008.

Ledit bulletin fut encore rectifié par un bulletin émis le 13 octobre 2011 sur le fondement du § 222 (1) n° 1 et 2 AO, qui porte la mention suivante en ce qui concerne les points sur lesquels l'imposition diffère de la déclaration « *Abänderung laut Mitteilung des Bundeszentralamts für Steuern u. unserem Schreiben vom 16.3.2011 betreffend eines geldwerten Vorteils bei der Veräusserung der …AG an die … Beteiligungs GmbH und Co KG.* »

Par un courrier du 20 octobre 2011, Monsieur ... introduisit une réclamation à l'encontre de ce dernier bulletin rectifié visant l'année 2005 auprès du directeur de l'administration des Contributions directes, ci-après désigné par « le directeur ».

Par une décision du 3 juillet 2014, portant le numéro C 1724 du rôle, le directeur déclara ladite réclamation comme étant partiellement fondée et fixa l'impôt sur le revenu de l'année 2005 au montant … €. Cette décision est fondée sur les motifs et considérations qui suivent :

« *Nach Einsicht der am 21. Oktober 2011 eingegangenen Rechtsmittelschrift, mit welcher Herr ..., mit Wohnsitz in L-…, gegen den berichtigten Einkommensteuerbescheid des Jahres 2005. ergangen am 13. Oktober 2011, „Einspruch' einzulegen begehrt:*

Nach Einsicht der Steuerakte;

Nach Einsicht der §§ 228 und 301 der Abgabenordnung (AO);

In Erwägung, dass gegen Steuerbescheide zwar nicht der Rechtsbehelf des Einspruchs. der dem Luxemburger Steuerrecht völlig fremd ist, wohl aber die Anfechtung (Reklamation) gegeben ist; dass es bei Rechtsunkundigen jedoch nicht auf die Bezeichnung des Rechtsmittels ankommt;

In Erwägung, dass das Rechtsmittel form- und fristgerecht eingelegt wurde;

In Erwägung, dass der ursprüngliche Einkommensteuerbescheid des Jahres 2005, ergangen am 12. Dezember 2007. aufgrund des § 94 Absatz 1 AO durch einen berichtigten Einkommensteuerbescheid vom 12. März 2008 abgeändert wurde, dass dieser berichtigte Einkommensteuerbescheid, seinerseits aufgrund des § 222 AO durch den berichtigten Steuerbescheid vom 13. Oktober 2011 abgeändert wurde: dass dementsprechend die vorliegende Rechtsmittelschrift vom 21. Oktober 2011 nur fristgerecht gegen den berichtigten Einkommensteuerbescheid des Jahres 2005, ergangen am 13. Oktober 2011, eingereicht wurde und demnach der neue Bescheid nur selbständig anfechtbar ist soweit die Änderung reicht (§ 234 AO);

In Erwägung, dass sich der Rechtsmittelführer dadurch beschwert fühlt, weil das Steueramt einen geldwerten Vorteil in Zusammenhang mit einer Beteiligung an der … AG (… AG) besteuert hat;

In Erwägung, dass das Finanzamt durch eine Mitteilung des Bundeszentralamtes für Steuern im Rahmen eines Auskunftsaustausches gemäß des bilateralen Doppelbesteuerungsabkommens und der Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften Nr. 77/779/EWG (EG-Amtshilfe-Richtlinie) die Information erhielt, dass der Reklamant im Kalenderjahr 2005 durch den Verkauf von Aktien eine steuerpflichtige zusätzliche Vergütung aus nichtselbstständiger Tätigkeit (geldwerter Vorteil) in Höhe von … Euro erhalten hat;

In Erwägung, dass das Steueramt dem Rechtsmittelführer mit Schreiben vom 16. März 2011 diesen Sachverhalt mitteilte und in Ausführung des § 205 Absatz 3 AO um eine Stellungnahme bat; dass der Reklamant in einem ausführlichen Schreiben vom 22. März 2011

den Sachverhalt aus seiner Sicht darlegte und schlussfolgernd keine Grundlage für eine Korrektur der Besteuerung sah ;

In Erwägung, dass Artikel 12 des Abkommens zwischen dem Großherzogtum Luxemburg und der Bundesrepublik Deutschland zur Vermeidung der Doppelbesteuerung vom 23. August 1958 festhält, dass falls eine natürliche Person mit Wohnsitz in einem der Vertragsstaaten, Wartegelder, Ruhegehälter, Witwen- oder Waisenpensionen oder ähnliche wiederkehrende Bezüge oder geldwerte Vorteile für frühere Dienstleistungen bezieht, der Wohnsitzstaat das Besteuerungsrecht für diese Einkünfte hat ;

In Erwägung, dass von daher dem Großherzogtum Luxemburg als Wohnsitzstaat das Besteuerungsrecht zusteht ;

dass somit die erfallenen geldwerten Vorteile nach den Luxemburger Rechtsvorschriften zu besteuern sind ;

In Erwägung, dass laut Artikel 104 Absatz 1 des Einkommensteuergesetzes (L.I.R.) alle Güter und Vorteile Einnahmen sind, die in Geld oder Geldeswert bestehen und dem Steuerpflichtigen im Rahmen einer der in den Ziffern 4 bis 8 des Artikels 10 L.I.R. bezeichneten Einkunftsarten zufließen; dass Einnahmen und Vorteile, die nicht in Geld bestehen, wie unter anderem sonstige Sachbezüge. mit den üblichen Mittelpreisen des Verbrauchs- oder Nutzungsorts anzusetzen sind in dem Zeitpunkt, in dem sie dem Steuerpflichtigen zugeflossen sind;

In Erwägung. dass im vorliegenden Fall, durch die Veräußerung am 22. Juli 2005 eines Anteils an der …GmbH (heutige … AG) durch die … s. à r.l. an die … Beteiligungs GmbH & CoKG von 6.4 % des Nennkapitals (… Euro) zum Preis von … Euro den Kommanditisten ein steuerpflichtiger geldwerter Vorteil im Sinne der Artikel 104 und 108 L.I.R. zufloss; dass der Rechtsmittelführer eine Beteiligung von … Euro am Nennkapital von … Euro innehatte, sodass der im anzurechnende Anschaffungspreis ((… x …) : … i.e.) … Euro beträgt:

In Erwägung, dass der Anteilsverkauf des Nennkapitals von … Euro, nach einer Kapitalerhöhung bei der … AG. umgerechnet einer Anzahl von … Stückaktien entspricht; dass demzufolge der Anteil des Rechtsmittelführers sich auf ((… x …): … i.e.) … Aktien beläuft;

In Erwägung, dass eine Betriebsprüfung den gemeinen Wert pro Aktie auf … Euro festlegte und somit der gemeine Wert (Mittelpreis des Verbrauchs- oder Nutzungsorts) des Anteils des Reklamanten (… x … i.e.) … Euro beträgt welcher demnach einem geldwerten Vorteil von (… - … i.e.) … Euro entspricht;

In Erwägung, dass der Rechtsmittelführer den ermittelten gemeinen Wert von … Euro pro Aktie anficht mit der Begründung, dass sich der Kaufpreis auf Basis eines unabhängigen Wertgutachtens von KPMG vom 12.4.2005 auf den 1.1.2005 ergab, basierend auf der damaligen Planung/Forecast, verifiziert durch einen Business Strategie Review der Beratungsgesellschaft … vom 1.12.2004; dass beim Börsengang der … AG, mit Erstnotiz am 23.06.2006, der realisierte Wert pro Aktie … Euro betrug; dass seiner Meinung nach der gemeine Wert am 22.07.2005, in Anbetracht einer linearen Wertentwicklung, mit rund … Euro zu veranschlagen wäre, anstatt den strittigen … Euro pro Aktie;

In Erwägung. dass eine exakte Bewertung auf den 22.7.2005 heute nicht mehr durchführbar ist, da keine entsprechenden Unterlagen vorgelegt werden können;

In Erwägung, dass der Reklamant ausführlich die Wertentwicklung der Aktie vom 1.1.2005 bis zum 23.6.2006 (Datum des Börsengangs) darlegte, sowohl laut Vorstellung der Betriebsprüfung als auch der wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens;

In Erwägung, dass die Veräußerung vom 22.7.2005 nach dem Beschluss zum MEP II (Managementbeteiligungsdmodell II) vom 30.5.2005 stattfand; dass demzufolge, zwecks Berechnung einer linearen Wertentwicklung vom 1.1.2005 bis zum 23.6.2006 der erzielte Aktienkurs von … Euro pro Aktie in Betracht gezogen werden muss ;

dass sich demzufolge ein Wert von zirka … Euro pro Aktie am 22.7.2005 ergibt ;

In Erwägung, dass demnach der gemeine Wert durch Schätzung im Sinne des § 217 AO auf …Euro pro Aktie festgesetzt wird ;

In Erwägung. dass sich für das strittige Jahr daraus folgender geldwerter Vorteil ergibt:

Gemeiner Wert der Anteile:
… x … = … Euro
abzüglich der Anschaffungskosten: - … Euro
geldwerter Vorteil: … Euro

In Erwägung, dass die geänderte Einkommensbesteuerung des Jahres 2005 im Anhang, der Bestandteil dieser Entscheidung ist, vorliegt:

AUS DIESEN GRÜNDEN
ENTSCHEIDET:

die Anfechtung ist zulässig,

sie ist teilweise begründet,

setzt die Einkommensteuer des Jahres 2005, Beitrag zum Beschäftigungsfonds inbegriffen, auf … Euro fest.

verweist an das Steueramt zur weiteren Durchführung, insbesondere zwecks Anrechnung der Steuerabzüge. »

Par requête déposée au greffe du tribunal administratif le 3 octobre 2014, Monsieur ... introduisit un recours contentieux contre la décision précitée du directeur du 3 juillet 2014.

Dans son mémoire en réponse, le délégué du gouvernement reproche à Monsieur ... de n’avoir précisé que vaguement la nature du recours qu’il entend introduire, en estimant qu’au regard des formulations employées, la conclusion s’imposerait que Monsieur ... aurait tout au plus introduit un recours tendant à l’annulation (« *Aufhebung* ») de la décision du directeur du 3 juillet 2014.

Force est au tribunal de constater que si Monsieur ... n’indique certes pas clairement dans la requête introductive d’instance si son recours tend à la réformation ou à l’annulation de la décision déférée, il n’en reste pas moins qu’il demande en substance à ce que son imposition soit modifiée en tenant compte de son argumentation, de sorte que c’est à tort que la partie étatique fait valoir que le recours tendrait à la simple annulation de la décision du directeur.

A défaut d’indication de la nature du recours, il y a lieu d’admettre que le requérant, qui n’est pas un professionnel de la postulation, a entendu introduire le recours prévu par la loi, à savoir un recours en réformation.

En effet, conformément aux dispositions combinées du § 228 AO et de l’article 8 (3) 1. de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif, ci-après désignée par « la loi du 7 novembre 1996 », le tribunal est compétent pour statuer comme juge du fond sur le recours dirigé par un contribuable contre une décision du directeur ayant statué sur les mérites d’une réclamation de sa part contre un bulletin de l’impôt sur le revenu.

Le tribunal est partant compétent pour connaître du recours en réformation dirigé contre la décision du directeur du 3 juillet 2014.

Le recours est encore recevable pour avoir été introduit dans les formes et délai de la loi.

A l’appui de son recours, le demandeur reproche au directeur d’avoir retenu un avantage en nature en relation avec l’attribution de parts sociales dans la société … and …, ci-après désignée par « la société … », en se fondant sur une valeur par action de … € au 22 juillet 2015, date de l’acquisition des parts litigieuses.

Il expose que l’acquisition de ces parts se situerait dans un programme de participation des salariés dans ladite société. Un premier programme appelé « *Managment Equity Programm* » ou « *MEP1* », aurait été lancé fin 2003, le prix d’acquisition par actions ayant été fixé à l’époque au montant de … €. En raison d’une baisse importante de la demande et des prix en 2004, les résultats de la société auraient été en chute en 2004, de sorte que les capitaux propres auraient été quasiment épuisés et que des mesures de restructuration auraient dû être prises. Pareillement, le personnel au niveau des positions dirigeantes aurait été remplacé.

Afin de motiver les nouveaux membres du management, un deuxième programme de participation aurait été lancé. Ce serait dans ce contexte et afin d’évaluer la société, qu’un rapport aurait été établi par la société KPMG, dont les résultats auraient été émis le 12 avril 2005. A ce moment, la valeur d’une action aurait été fixée à …€. Cette évaluation aurait pris en compte les mesures de restructuration qui auraient été décidées antérieurement.

La décision de la … luxembourgeoise de vendre les participations aurait été prise le 30 mai 2005. Après l’accord des banques, les membres du management auraient souscrit les actions début juillet 2005 et les actes notariés auraient été signés le 22 juillet 2005.

Dans la suite, les mesures de restructuration auraient été mises en œuvre. Puis, dans la deuxième moitié de l'année 2005, une hausse inattendue de la demande sur le marché et en conséquence également une hausse des prix ce seraient manifestées.

L'ensemble des mesures ainsi prises aurait conduit à des résultats beaucoup plus favorables ainsi qu'à des perspectives plus optimistes.

A la suite d'une fusion avec la société …, la société … aurait pris la dénomination de … Aktiengesellschaft, qui aurait été inscrite à la bourse à partir du 23 juin 2006, avec une valeur de … € par action.

Le demandeur explique que dans le cadre d'un contrôle fiscal en Allemagne en 2010, le prix d'acquisition de … € par action aurait été considéré comme trop bas, une valeur plus réaliste ayant été fixée d'abord à … €, pour ensuite être réduite à … € par action. Il souligne que les procédures mettant en cause les autres participants seraient en cours, seuls les deux participants les plus importants ayant été jusqu'à présent imposés définitivement, l'un des cas s'étant soldé par aucune fixation d'un avantage en nature, le deuxième ayant conduit à une imposition partielle en raison d'une participation excédant un certain pourcentage.

Ce serait suite à ce contrôle que l'administration des Contributions directes luxembourgeoise aurait reçu une information de l'administration fiscale allemande suivant laquelle un avantage en nature à hauteur de … € par action aurait été accordé et serait à imposer, ce qui aurait mené à l'imposition actuellement litigieuse.

Le demandeur critique l'évaluation faite par le directeur, en reprochant à l'administration d'avoir retenu une évolution linéaire de la valeur des actions entre le 1er janvier 2005, date d'évaluation à la base du rapport de la société KPMG, jusqu'au 22 juillet 2006, date de l'entrée de la société en bourse, en faisant valoir qu'aucun des concernés n'aurait acquis une participation à l'époque pour la valeur de … € par action telle que retenue par le directeur en raison de la situation peu favorable de la société.

A cet égard, il souligne que les effets du programme de restructuration auraient été pris en compte dans le rapport de la société KPMG établi le 12 avril 2015 et qu'à ce moment aucun indice n'aurait fait penser à une augmentation substantielle de la valeur des actions dans la deuxième moitié de l'année 2005. Il souligne que les cours boursiers d'entreprises comparables durant la première moitié de l'année 2005 n'auraient pareillement guère augmenté. Au contraire, la reprise des marchés au niveau de la demande et des prix serait apparue seulement vers la deuxième moitié de l'année 2005, ce qui serait documenté par l'évolution des cours d'entreprises comparables à partir du milieu de l'année 2005, qui auraient à ce moment-là connus des augmentations importantes.

Le demandeur en conclut qu'au moins la moitié de la valeur par action au moment de l'entrée en bourse s'expliquerait par une évolution des marchés, qui au moment de l'acquisition de sa participation n'aurait aucunement été prévisible. Sinon, les cours boursiers des entreprises concurrentes auraient également repris au même moment. Le demandeur estime que la valeur des actions sans l'effet de cette reprise des marchés serait à fixer tout au plus à … € par actions. Il soutient encore que l'effet positif de la reprise des marchés aurait au niveau de la société litigieuse été même plus important vu que le point de départ aurait correspondu à une situation extrêmement négative, ce qu'il admet cependant ne pas pouvoir prouver.

D’autre part, le demandeur fait valoir qu’il n’existerait pas non plus d’indice plaidant en faveur d’une évolution linéaire de la valeur des actions à partir du montant de … € par action vers la valeur de … €, qui donc d’après lui serait une valeur réaliste à prendre en considération au moment de l’entrée en bourse sans l’effet de l’évolution positive des marchés.

S’agissant de la date à laquelle l’avantage en nature doit être évalué, le demandeur reproche encore au directeur d’avoir pris en compte la date de l’acte notarié, à savoir le 22 juillet 2005, en se référant à cet égard à une décision du *Bundesfinanzhof* allemand du 7 mai 2014 (VI R73/12) ayant retenu dans une affaire similaire que la valeur des actions serait à déterminer au moment de la réalisation de l’accord sur la vente et non pas seulement au moment de la formalisation ultérieure par acte notarié. Cette solution appliquée au cas de l’espèce, il faudrait dès lors prendre en considération la date du 6 juillet 2005 comme date d’évaluation.

En guise de conclusion, le demandeur estime que la valeur retenue par le rapport de la société KPMG de l’ordre de … € par action pourrait être prise en compte comme valeur réelle, de sorte qu’aucune augmentation de valeur additionnelle ne serait à prendre en considération.

Le délégué du gouvernement conclut au rejet du recours.

Après avoir passé en revue la procédure ayant mené à la décision directoriale déférée et après avoir exposé que l’imposition aurait été faite sur base d’une information reçue de la part des autorités fiscales allemandes dans le cadre d’un échange d’informations spontané, suivant laquelle le demandeur aurait, en vendant ses actions, perçu un montant s’élevant à … €, et suivant laquelle le prix par action serait à fixer à … €, alors que le prix d’acquisition de l’ensemble des actions par le demandeur se serait élevé à … €, le délégué du gouvernement souligne que le demandeur n’aurait pas fait référence dans sa déclaration de l’impôt à la vente des actions en Allemagne.

Par rapport au bien-fondé de la décision du directeur, le délégué du gouvernement fait valoir que dans la mesure où les actions de la société n’auraient pas été pas cotées en bourse jusqu’au 23 juin 2006, le demandeur aurait indiqué lui-même qu’il ne serait pas possible de déterminer avec exactitude le prix réel à la date du 22 juillet 2005.

Le délégué du gouvernement conteste l’argumentation du demandeur ainsi que les rapports avancés par lui, en faisant valoir que la seule manière de déterminer avec exactitude le prix réel de l’action aurait été celui de fournir les bilans de la société … AG au 31 décembre 2005 afin de déterminer la valeur intrinsèque d’une action, Or, de telles pièces n’auraient pas été fournies. A défaut de telles pièces, l’administration des Contributions directes n’aurait pas eu d’autre choix que de procéder conformément au § 217 AO et de déterminer le prix d’après un chart qui présenterait de façon graphique l’évolution de la valeur de l’action, la valeur étant de … € au 1er décembre 2014, grimpant à … € au 23 juin 2006, de sorte que pourrait être admis un accroissement moyen linéaire se situant à une valeur de … € par action au 22 juillet 2005.

La décision du directeur serait dès lors à confirmer.

Dans son mémoire en réplique, le demandeur déclare soumettre au tribunal le bilan de la société … (drei) GmbH, ci-après désignée par « la société … ». Il fait valoir que le capital social de cette société se serait élevé au 30 septembre 2005 au montant de … millions €, tel que cela se dégagerait du prospectus boursier de la société … AG de juin 2006. Il déclare également soumettre au tribunal les bilans de la société … (drei) GmbH, ci-après désignée par « la société … », ayant un capital propre de … millions €.

Il fait valoir qu'en prenant en considération les capitaux propres de ces deux sociétés, ayant fusionné pour devenir la société … AG, mis en relation avec le nombre des actions, la valeur d'une action au 30 septembre 2005 aurait été de … €, partant une valeur en-dessous de celle retenue par l'administration des Contributions. Le demandeur déclare encore joindre à son argumentation un tableau récapitulatif de l'évolution comparative de la valeur des actions.

Le délégué du gouvernement n'a pas pris position par rapport à ces explications et pièces complémentaires.

Les parties sont en litige en ce qui concerne la valeur à attribuer aux parts sociales de la société … GmbH, actuellement … AG, acquises par le demandeur dans le cadre d'un contrat de cession signé le 22 juillet 2005.

Aux termes de l'article 104, paragraphe (1) de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, en abrégé « LIR », « *Sont considérés comme recettes tous les biens et avantages, tant en espèces qu'en nature, mis à la disposition du contribuable dans le cadre de l'une des catégories de revenus nets mentionnées aux numéros 4 à 8 de l'article 10* », tandis qu'aux termes de l'article 95, paragraphe (1) LIR, « *1) Sont considérés comme revenus d'une occupation salariée : 1. les émoluments et avantages obtenus en vertu d'une occupation dépendante et les pensions allouées par l'employeur, avant la cessation définitive de cette occupation* ».

La notion d'avantage est définie dans les travaux parlementaires à la base de la LIR comme « *toute fourniture ou prestation de service appréciable en argent* » (projet de loi concernant l'impôt sur le revenu, doc. parl. 571[4], *ad* art. 112, p. 165). Au vœu de l'article 95, paragraphe (1) LIR, un avantage rentre dans la catégorie des revenus d'une occupation salariée si la cause de sa mise à disposition au contribuable réside dans son activité salariée.

En l'espèce, la qualification d'avantage en nature en tant que telle, en ce sens que l'acquisition des actions litigieuses par le demandeur est à voir dans le contexte de son contrat de travail, n'est pas litigieuse, le demandeur contestant uniquement la fixation de la valeur des actions acquises pour conclure que le prix payé par lui et résultant de l'évaluation de la société KPMG aurait correspondu à la valeur réelle des actions sur le marché, de sorte qu'aucun avantage ne lui aurait été attribué.

L'article 104, paragraphe (2) LIR dispose « *Les biens et avantages ne consistant pas en espèces, tels que le logement, le chauffage, la nourriture, les marchandises et autres prestations, sont estimés aux prix moyens usuels du lieu de consommation ou d'usage et de l'époque de la mise à disposition* […] ». Il énonce ainsi la règle d'évaluation générale à appliquer par rapport à toutes les différentes formes d'avantages en nature qui peuvent se présenter en pratique. Le critère est celui du prix moyen usuel de l'avantage qui correspond au prix que le contribuable bénéficiaire aurait dû débourser pour se procurer l'avantage concrètement en cause.

S'il s'agit de l'attribution d'actions qui sont librement cessibles, l'avantage en nature à mettre en compte dans le chef du salarié est égal à la différence entre, d'une part, la valeur en bourse ou, à défaut de telle valeur, le prix estimé de réalisation des actions et, d'autre part, le prix déboursé par le salarié pour l'acquisition des actions[1].

Aux termes de l'article 59 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives « *La preuve des faits déclenchant l'obligation fiscale appartient à l'administration, la preuve des faits libérant de l'obligation fiscale ou réduisant la cote d'impôt appartient au contribuable.* […] ».

S'il est vrai que s'agissant en l'espèce d'une situation où l'administration invoque des faits déclenchant une obligation fiscale, alors qu'elle entend taxer un avantage en nature dans le chef du demandeur, il lui appartient *a priori* d'établir ces faits, en l'occurrence le fait que le prix payé par le demandeur pour l'acquisition des actions litigieuses n'a pas correspondu à la valeur des actions au moment de leur acquisition, le tribunal relève encore qu'en l'espèce la fixation de la valeur des actions au moment de leur acquisition résulte d'une taxation, impliquant que le demandeur qui entend contester le résultat de cette taxation doit rapporter la preuve que celle-ci s'écarte de la valeur réelle des actions au moment de leur acquisition[2].

A cet égard, c'est à bon droit qu'à défaut de cotation officielle en bourse de la société litigieuse, respectivement à défaut d'autre document dont se dégage la valeur des actions au jour de leur acquisition, à savoir le 22 juillet 2015, le directeur a procédé à la fixation du prix estimé de réalisation des actions par voie d'estimation, sur le fondement du § 217 AO, aux termes duquel « *1. Soweit das Finanzamt die Besteuerungsgrundlagen (einschließlich solcher Besteuerungsgrundlagen, für die eine gesonderte Feststellung nicht vorgeschrieben ist) nicht ermitteln oder berechnen kann, hat es sie zu schätzen. Dabei sind alle Umstände zu berücksichtigen, die für die Schätzung von Bedeutung sind.*

2. Zu schätzen ist insbesondere dann, wenn der Steuerpflichtige über seine Angaben keine ausreichenden Erklärungen zu geben vermag oder weitere Auskunft oder eine Versicherung an Eidesstatt verweigert. Das Gleiche gilt, wenn der Steuerpflichtige Bücher oder Aufzeichnungen, die er nach den Steuergesetzen zu führen hat, nicht vorlegen kann oder wenn die Bücher oder Aufzeichnungen unvollständig oder formell sachlich unrichtig sind. », étant relevé qu'il se dégage des explications non contestées de la partie étatique, que la perception de l'avantage en nature n'a pas été déclaré par le demandeur dans le cadre de ses déclarations fiscales.

S'agissant de prime abord de la date à laquelle la valeur estimée de réalisation doit être appréciée, il convient, aux termes de l'article 104, paragraphe (2) LIR, précité, de prendre en considération la date de la *mise à disposition* du bien. Appliqué à l'hypothèse de l'acquisition d'actions à un prix préférentiel, le tribunal est amené à retenir qu'il convient de prendre en compte la date à laquelle la vente a été parfaite par l'accord des parties, date à laquelle le droit de propriété a ainsi été transféré. Le tribunal est amené à retenir qu'en l'espèce, à défaut d'autres pièces à sa disposition permettant de retenir que l'acquisition des actions ait été opérée antérieurement, il convient de prendre en compte le jour de la signature de l'acte notarié du 22 juillet 2005, seule pièce à la disposition du tribunal, de sorte que les contestations afférentes du demandeur sont à rejeter.

[1] Voir en ce sens position du directeur en matière d'options, circulaire LIR n° 104/2 du 11 janvier 2002
[2] Cour adm. 19 février 2009, n° 24907C du rôle, Pas. adm. 2015, V° Impôts, n° 590

C’est encore à juste titre que le directeur a retenu que la valeur des actions au 22 juillet 2005 ne peut être déduite de la seule évaluation de la société KPMG. En effet, si ce rapport n’a pas été soumis au tribunal, force est de constater que suivant les explications concordantes des parties, il a déterminé la valeur des actions au 1er janvier 2005, de sorte que face au résultat du contrôle fiscal opéré en Allemagne, dont s’est dégagé une valeur par action au 22 juillet 2005 de l’ordre de … €, et face à la valeur des actions lors de l’entrée en bourse le 23 juin 2006 de l’ordre de … €, il ne permet pas de refléter la valeur des actions au 22 juillet 2005.

D’autre part, l’approche du directeur suivant laquelle il est parti d’une évolution linéaire de la valeur des actions entre les deux seules dates auxquelles la valeur des actions est connue sur base de documents objectifs, à savoir entre le 1er janvier 2015, date de l’évaluation de la société KPMG, et le 23 juin 2006, date de l’entrée en bourse de la société litigieuse, n’est *a priori* pas critiquable.

Dans la mesure où le demandeur argumente que le résultat de cette estimation forfaitaire ne correspond pas aux prix de réalisation réel, il lui appartient d’établir, en vertu des principes dégagés ci-avant, ses affirmations.

L’argumentation du demandeur est essentiellement basée sur la considération que l’évolution de la valeur des actions n’aurait pas été linéaire sur toute la période prise en compte par le directeur, mais qu’elle aurait plutôt, en raison de difficultés économiques de la société litigieuse en particulier et de la situation défavorable des marchés dans son domaine d’activité en général, été stagnante jusqu’au moment où les actions ont été acquises, par comparaison avec l’évolution d’autres entreprises de la même branche, et que l’augmentation de leur valeur n’aurait commencé à s’accentuer qu’à partir de la deuxième moitié de l’année 2005, soit après leur acquisition.

Force est de constater que les éléments soumis par le demandeur sont insuffisants pour conclure que l’évaluation faite par le directeur s’écarte de la valeur réelle des actions. Si en effet le caractère fondé de l’hypothèse émise par le demandeur et basée sur un redémarrage de la valeur des actions de la société litigieuse seulement à partir de la deuxième moitié de l’année 2005 ne peut pas être exclu, force est cependant de constater que face aux contestations de la partie étatique et à défaut d’autres pièces susceptibles d’étayer son argumentation, le demandeur reste en défaut d’établir une telle évolution, celle-ci étant basée sur ses seules affirmations, contestées par la partie adverse.

Si le demandeur a certes produit à l’appui de son argumentation les cours boursiers d’autres entreprises qui, selon ses explications, travaillent dans le même secteur, face aux contestations de la partie étatique, le tribunal ne saurait en tirer des conclusions par rapport à l’évolution des actions de la société litigieuse en l’espèce.

Si le demandeur a encore produit à l’appui de son mémoire en réplique un extrait d’une page du bilan au 1er octobre 2002 et au 30 septembre 2003, 2004 et 2005 des sociétés … GmbH et … GmbH, le tribunal est amené à retenir que les pièces produites par le demandeur ne permettent pas de retracer une évolution de la valeur de la société au courant de l’année 2005 et que les conclusions tirées par le demandeur sur le fondement d’une seule extrapolation des actifs de ces deux sociétés au 30 septembre 2003 sur une valeur théorique des actions n’est pas de nature à énerver l’évaluation opérée par le directeur par voie de

l’estimation. Au contraire, la valeur des actions ainsi déduite par le demandeur de l’ordre de … € se rapproche davantage de l’évaluation faite par le directeur que de la valeur avancée par le demandeur et est même de nature à contredire l’argumentation de ce dernier suivant laquelle au 22 juillet 2005, la valeur des actions aurait été celle se dégageant du rapport de KPMG et correspondant au prix payé de … € par action.

Le tribunal est ainsi amené à conclure que le demandeur est resté en défaut d’établir que la valeur des actions acquises par lui le 22 juillet 2005 n’était pas celle fixée par le directeur.

Il suit de l’ensemble des considérations qui précèdent et à défaut d’autres moyens que le recours est à rejeter comme étant non fondé.

Par ces motifs,

le tribunal administratif, troisième chambre, statuant à l’égard de toutes les parties ;

reçoit le recours principal en réformation en la forme ;

au fond, le déclare non justifié, partant en déboute ;

condamne le demandeur aux frais ;

Ainsi jugé par :

Claude Fellens, vice-président,
Annick Braun, premier juge,
Thessy Kuborn, premier juge,

et lu à l’audience publique du 24 novembre 2015 par le vice-président, en présence du greffier Goreti Pinto.

s. Goreti Pinto s. Claude Fellens

Reproduction certifiée conforme à l’original
Luxembourg, le 24 novembre 2015
Le greffier du tribunal administratif